

[Rundschreiben zum Kommunalen Auftragswesen im Land Brandenburg vom 26.08.2019,](#)
[Gesch.Z.: 31-313-35](#) (Stand: 26.08.2019)

Anhang Nr. 5

Akteneinsicht und Auskünfte

1. Akteneinsicht

1.1 Vergabeverfahren – kein Verwaltungsverfahren

Das Vergabeverfahren ist kein Verwaltungsverfahren im Sinne des Verwaltungsverfahrensgesetzes. Daher greift hier § 29 VwVfG zur Gewährung von Akteneinsicht nicht. Hierzu wird auf den Beschluss des Niedersächsischen Obergerichtes vom 14.07.2006, Az.: / OB 105/06 verwiesen, in dem es u.a. heißt:

„Demnach ist das zwischen dem öffentlichen Arbeitgeber und dem jeweiligen Bieter zustande kommende Rechtsverhältnis, aus dem der Bieter einen Anspruch auf Einhaltung der Vergabebestimmungen der VOB/A und auf Unterlassung der Zuschlagerteilung herleiten kann, privatrechtlicher Natur.

... Schließlich vermag allein der Umstand, dass die Auftragserteilung letztlich einem öffentlichen Zweck, ..., dient, nicht zu rechtfertigen, dass es sich bei der Auftragsvergabe um eine öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit handelt. Denn aus der öffentlichen Zielsetzung einer Aufgabe kann nicht ohne weiteres der Schluss gezogen werden, dass sich die öffentliche Hand auch öffentlich-rechtlicher Mittel zur Erreichung dieses Zieles bedient. Vielmehr kann sich der Staat in seiner Eigenschaft als Subjekt des Privatrechts auf dem Boden des Zivilrechts bewegen, und zwar grundsätzlich auch zur Erreichung öffentlicher Zwecke (so zutreffend BVerwG, Urt. v. 13.03.1970 – VII C 80.67-, BVerwGE 35, 103 <105>; Rhutig, NZBau 2005, 497 <499>).“

1.2 Akteneinsicht gemäß § 165 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

Akteneinsicht gemäß § 165 GWB kann nur durch die Vergabekammern in Verfahren oberhalb von Schwellenwerten gewährt werden.

1.3 Akteneinsicht nach dem Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz (AIG)

Die Vorschriften des AIG eröffnen für Jedermann das Recht auf Akteneinsicht. Dies gilt jedoch nur, soweit es nicht bereichsspezifische Rechtsvorschriften gibt, die ebenfalls für einen unbeschränkten Personenkreis die Akteneinsicht regeln. Diese besonderen Rechtsvorschriften hätten insoweit Vorrang vor dem allgemeinen Recht nach AIG – das AIG käme nicht zur Anwendung.

Darüber hinaus gibt es Vorschriften, die Akteneinsicht für einen bestimmten, begrenzten Personenkreis regeln (z.B. § 165 GWB für Verfahren oberhalb von Schwellenwerten). Die Anwendung des AIG wird hierdurch nicht ausgeschlossen; beide Rechtsvorschriften wären nebeneinander zu prüfen.

Bei Vergabeverfahren zur Beschaffung von Bauleistungen unterhalb von Schwellenwerten gewährt die hier in Anwendung zu bringende Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) als bereichsspezifische Vorschrift einem begrenzten Personenkreis (Bietern und deren Bevollmächtigten) ein begrenztes Einsichtsrecht in die Niederschrift über den Eröffnungstermin. Darüber hinaus normiert die VOB/A unter § 14 Nr. 8 eine generelle Geheimhaltung, die darauf abstellt, dass Betriebsgeheimnisse nicht offenbart werden. Dies umfasst u.a. Entwürfe und Planungen sowie

Leistungen und Preise, die Rückschlüsse auf die Marktstrategien der einzelnen Unternehmen zulassen. Diese Angaben sind in der Regel Bestandteile der Vergabeakten.

Die UVgO normiert für die Beschaffung von Leistungen unter § 40 Abs. 2 das Verbot, Bieter bei der Öffnung der Angebote zuzulassen. Es besteht jedoch die Möglichkeit, Akteneinsicht gem. AIG schriftlich zu beantragen. Die in Frage kommenden Daten sind jedoch gem. § 5 Abs. 2 Nr. 4 AIG auch nur mit Zustimmung der betroffenen Unternehmen zu offenbaren.

1.4 Akteneinsicht in den aufsichtsrechtlichen Verwaltungsverfahren der Kommunalaufsichtsbehörden

Anträge auf Akteneinsicht beschwerdeführender Teilnehmer am Vergabeverfahren oder sonstiger Dritter in aufsichtsrechtliche Verwaltungsverfahren der Kommunalaufsichtsbehörden nach dem AIG sind gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 5 AIG abzulehnen. Dies gilt nach der Rechtsprechung des VG Potsdam vom 08.06.2011 auch für bereits abgeschlossene Verfahren, soweit sie der Kommunalaufsicht unterliegen (vgl. VG Potsdam, Urteil v. 08.06.2011, Az.: 9 K 116/08 – anders VG Potsdam v. 27.04.2010 für den Bereich der Fachaufsicht, Az.: 3 K 1595/05)¹.

2. Auskünfte an Verfahrensbeteiligte

2.1 Bei Vergabeverfahren nach UVgO

In laufenden Beschaffungsverfahren sind grundsätzlich keine Auskünfte über Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung der Angebote zu erteilen.

Gemäß § 46 Abs. 1 Satz 1 UVgO hat der öffentliche Auftraggeber jeden Bewerber und Bieter über die erfolgte Zuschlagserteilung zu unterrichten.

Die Anwendung von § 46 Abs. 1 Satz 1 UVgO ist dem öffentlichen Auftraggeber gemäß § 30 Abs. 3 Nr. 5 KomHKV jedoch freigestellt. Zwingend muss der Auftraggeber jedoch die Bewerber und Bieter über eine etwaige Aufhebung des Vergabeverfahrens unterrichten.

Weiterhin muss der öffentliche Auftraggeber den nicht erfolgreichen Bieter/ Bewerber auf dessen Antrag hin unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Tagen, über die wesentlichen Gründe für die Ablehnung seines Angebots, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots sowie den Namen des erfolgreichen Bieters, und die nicht berücksichtigten Bewerber über die wesentlichen Gründe ihrer Nichtberücksichtigung unterrichten.

Unklar ist an dieser Stelle bislang, wie konkret die Merkmale und Vorteile des bezuschlagten Angebots angegeben werden sollen. Dem Bieter muss jedoch ein nachvollziehbares und wahrheitsgetreues Bild darüber vermittelt werden, warum sein Angebot nicht berücksichtigt wurde. Nur so kann er Schlüsse für zukünftige Vergabeverfahren ziehen. Aus diesem Grund ist auch die Begründung, dass das Angebot nicht das wirtschaftlichste sei nicht ausreichend.

So entschied auch das OLG Karlsruhe mit Urteil vom 16.06.2010 (Az: 15 Verg 4/10) wie folgt: „Wenn der Antragsgegner in einer Beschlussvorlage für den Kreistag, der allein über den Zuschlag zu entscheiden hat, die Anzahl der abgegebenen Gebote, den Namen des Bieters mit dem wirtschaftlichsten Gebot und die Höhe dieses Gebots ohne weitere Einzelheiten aus den Angeboten und ihren Anlagen mitteilt, ist ... der Vertraulichkeitsgrundsatz gemäß § 22 Nr. 6 Abs. 1 VOL/A nicht verletzt.“ Da diese Information der gesamten Öffentlichkeit zugänglich ist, vertritt das MİK die Auffassung, dass nach Abschluss des Vergabeverfahrens dem erfolglosen Bieter im Rahmen der Mitteilungspflicht der Angebotspreis des erfolgreichen Bieters ebenso mitgeteilt werden darf, sofern aufgrund des niedrigeren Angebotspreises der Zuschlag erfolgte.

2.2 Bei Vergabeverfahren nach VOB/A

Gemäß § 19 VOB/A sollen Bieter, deren Angebote ausgeschlossen worden sind (§ 16 VOB/A) und solche, deren Angebote nicht in die engere Wahl kommen, unverzüglich unterrichtet werden.

Die übrigen Bieter sind zu unterrichten, sobald der Zuschlag erteilt worden ist. Auf Verlangen sind den nicht berücksichtigten Bewerbern oder Bietern innerhalb einer Frist von 15 Kalendertagen nach Eingang ihres in Textform gestellten Antrags die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung oder ihres Angebots in Textform mitzuteilen, den Bietern auch die Merkmale und Vorteile des Angebots des erfolgreichen Bieters sowie dessen Name.

Die Erteilung von Auskünften gemäß § 19 Nr. 1 und 2 VOB/A bzw. § 46 UVgO sollten ausschließlich schriftlich, per Fax oder E-Mail auf Antrag und von nur dazu autorisierten Personen erfolgen. Der Vorgang ist zu dokumentieren und zu den Vergabeakten zu nehmen.

Es wird empfohlen, anzuordnen, dass Mitarbeiter von Vergabestellen bzw. auch Mitarbeiter mitwirkender Planungsbüros in laufenden Verfahren grundsätzlich keine Telefonate mit Verfahrensteilnehmern führen dürfen.

In Verfahrensbekanntmachungen sollte darauf hingewiesen werden, dass etwaige berechtigte Nachfragen schriftlich, per Fax oder E-Mail zu stellen sind.

Die Mitteilung an einen Bieter, dass sein Angebot nicht berücksichtigt wurde, hat erst zu erfolgen, wenn die Entscheidung über die Nichtberücksichtigung abschließend getroffen wurde. Getroffen ist die Entscheidung einer kommunalen Selbstverwaltung erst dann, wenn das dafür kommunalverfassungsrechtlich zuständige Organ über den ihm vorzulegenden Entscheidungsvorschlag abschließend entschieden hat.

MIK-Brandenburg